
TRANSJUS

INSTITUT DE RECERCA. FACULTAT DE DRET



WorkingPaper

Conference - 2/2015

ISSN2462-263X



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN¹

Dr. Víctor Gómez Martín

Profesor Titular (Catedrático acr.) de Derecho penal

Universidad de Barcelona

victor.gomez@ub.edu

¹ Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg Fachbereich Rechtswissenschaft Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozess-recht und Rechtsphilosophie Seminario germano-español sobre Derecho penal médico, Erlangen, 25 – 27.02.2015

Sumario: I. SISTEMA SANITARIO Y CORRUPCIÓN: BREVE DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO. II. LA CORRUPCIÓN MÉDICA EN ESPAÑA: ELEMENTOS CUALITIVOS Y CUANTITATIVOS. III. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN PÚBLICA. IV. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN PRIVADA. 1. EL NUEVO DELITO ESPAÑOL DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES (ART. 286 BIS CP): ALGUNAS CUESTIONES GENERALES. 2. EN PARTICULAR, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA CORRUPCIÓN PRIVADA. A. Planteamiento. B. Delitos especiales y posición especial. C. Corrupción privada como delito de posición con infracción de deber.

RESUMEN: Los laboratorios farmacéuticos utilizan de forma habitual el sistema de promoción como estrategia comercial. Las dos estrategias promocionales más frecuentes en este sector son los incentivos directos (obsequios, invitaciones) y la financiación de congresos o seminarios para la formación médica. Un importante sector de la industria farmacéutica viene defendiendo estas dos prácticas como perfectamente legítimas. El presente trabajo tiene por objeto discernir si realmente lo son o no.

RESUM: Els laboratoris farmacèutics utilitzen de forma habitual el sistema de promoció com a estratègia comercial. Les dues estratègies promocionals més freqüents en aquest sector són els incentius directes (obsequis, invitacions) i el finançament de congressos o seminaris per la formació mèdica. Un important sector de la indústria farmacèutica defensa aquestes dues pràctiques com a perfectament legítimes. El present treball té per objecte discernir si relament ho són o no.

ABSTRACT: Pharmaceutical companies regularly use the promotional system as a commercial strategy. The two most common promotional strategies in this sector are direct incentives (gifts, invitations) and funding for conferences or seminars for medical training. An important sector of the pharmaceutical industry has been defending these practices as perfectly legitimate. This paper aims to discern whether or not they really are.

I. SISTEMA SANITARIO Y CORRUPCIÓN: BREVE DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO

A nadie escapa que los **laboratorios farmacéuticos** utilizan de forma habitual el sistema de **promoción como estrategia comercial**. Tampoco que cuentan con cuantiosas “cajas negras” destinadas a pagar importantes honorarios a sus delegados de visita médica, representantes, comisionistas o agentes informadores para que éstos, a su vez, incentiven al personal del sistema sanitario con capacidad de decisión y contratación (Directores o Gerentes de hospital, médicos, farmacéuticos, etc.) con el objeto de **incrementar las ventas de sus productos** (medicamentos, material clínico, soluciones hospitalarias, etc.) **por encima o en lugar de los productos de la competencia**.² Y menos todavía que si un terreno está particularmente abonado para la praxis comúnmente denominada como *Kick back*, ése es, precisamente, el médico-sanitario.³

Al margen de otras estrategias promocionales —afortunadamente, mucho más ocasionales y claramente delictivas: singularmente, sobornos a facultativos para que prescriban medicamentos utilizando recetarios de pacientes que no los requieren o que ni siquiera han sido visitados—, las dos más frecuentes en el sector médico-farmacéutico son los **incentivos directos** (obsequios, invitaciones) y la **financiación de congresos o seminarios para la formación médica**.⁴

Un importante sector de la industria farmacéutica viene defendiendo estas dos **prácticas como perfectamente legítimas**. La primera, mediante la referencia, por una parte, a la libertad de empresa, que permitiría el desarrollo de cuantas estrategias comerciales sean

² Sobre el fenómeno vid., por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S., “Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001”, REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 302; POZUELO PÉREZ, L., “El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos”, en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAINIPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 1720.

³ Concorre dicho fenómeno, según GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 74, mayo-agosto 2008, pp. 236 s. “cuando al representante de una de las partes contratantes se le abonan por la contraparte, ya sea por la firma del contrato, ya sea por la ejecución del mismo, una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada. En el argot tanto alemán como español se trata del pago de «comisiones», de tal manera que, por ejemplo, al representante A de la empresa X se le abona, por parte de la empresa Y, el 10% de la facturación total que X abone a Y”. Vid. también, por todos, SCHÜNEMANN, B., “Der BundesgerichtshofimGestrüpp des Untreuetatbestandes”, NStZ2006, pp. 196 ss. SZEBROWSKI, N., *Kick-Back*, 2005, pp. 1 ss., y *passim*.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Corrupción y delito de administración desleal”, La Ley, 2000, p. 1283 ss.

⁴ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAINIPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1720.

precisas para la más óptima promoción de un producto; y, por otra, a la adecuación social, que tendría por uno de sus más arraigados usos comerciales el ofrecimiento de regalos de cortesía de escaso importe. En relación con la segunda estrategia se invoca la innegable necesidad de que los médicos se formen de manera continuada, máxime considerando la creciente incapacidad del Estado para asumir los costes de dicha formación.⁵

II. LA CORRUPCIÓN MÉDICA EN ESPAÑA: ELEMENTOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS

Hasta el 23 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 5/2010, el ofrecimiento de dádivas, promesas o regalos en el ámbito médico que acaba de ser descrito únicamente resultaba penalmente relevante cuando el destinatario de la dádiva era un funcionario del sistema público de Sanidad.⁶ De acuerdo con el concepto funcional previsto en el **art. 24 CP**, por funcionario a tales efectos también podría ser entendido el empleado público o el médico interino, siempre y cuando preste sus servicios en el ámbito de la Sanidad Pública.⁷ En cambio, el ofrecimiento de dádivas, promesas o regalos a un médico del sistema privado de salud era —sin perjuicio, claro está, de que pudiera ser constitutivo de algún otro delito, por ejemplo, de falsedad documental, en los ya mencionados casos de falsificación de recetas—, hasta entonces, atípico. Tras la LO 5/2010, aquellos supuestos ya pueden subsumirse en el **nuevo art. 286 bis CP**, que tipifica el **delito de corrupción entre particulares**.⁸

⁵ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1721.

⁶ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1720.

⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., ICADE, nº 74, 2008, p. 232: “la regulación de funcionario público contenida en el artículo 24 del Código penal permite incluir en el mismo – y por tanto sujeto a la regulación de artículo 422 del mismo texto legal – a personas particulares que desempeñen funciones públicas, sin vínculo funcional u orgánico con la administración. Esta vía interpretativa resulta especialmente importante para todos aquellos sectores administrativos que en virtud de la denominada «privatización del sector público» están siendo gestionados por empresas privadas”. Sobre el concepto legal de funcionario vid. también VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela / Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, *passim*.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2010, p. 428.

Para todo ello es necesario, como es obvio, que el ofrecimiento sea **objetivamente adecuado para poner en peligro el correspondiente bien jurídico protegido**.⁹ En los delitos de corrupción pública, el interés protegido consistirá en el **correcto funcionamiento de la Administración**,¹⁰ por medio de la protección del **principio de imparcialidad** que debe regir la actuación de la Administración pública y sus funcionarios. Una dádiva cumplirá tal requisito, por tanto, cuando sea **adecuada para corromper al funcionario y afectar su imparcialidad**.¹¹ En el caso de la corrupción entre particulares, el objeto jurídico de protección no será otro que la **libre competencia en el mercado farmacéutico**.¹²

Será preciso valorar, a tal efecto, **tanto el elemento cualitativo como el cuantitativo del ofrecimiento**. Esto es, en qué consiste la dádiva y a cuánto asciende su importe.¹³

En cuanto a lo **primero**, puede afirmarse que hoy, tras una época de mayor incertidumbre normativa, mayor laxitud en el efectivo desarrollo de una auténtica cultura del cumplimiento y una efectiva ética de los negocios, y un creciente auge de políticas comerciales basadas en los beneficios económicos a corto plazo, empieza a llegar a la industria farmacéutica española la idea de que **no todo vale**. La progresiva asunción de una cierta ética de los negocios mediante la implementación de los correspondientes **modelos de prevención de delitos**, con sus correlativos códigos éticos (de patronal o de empresa),¹⁴ está contribuyendo a instaurar en

⁹ BOLEA BARDON, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, InDret, 2/2013, p. 16; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1727.

¹⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 302.

¹¹ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 299, 304 y 306; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1711.

¹² BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 10. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales. (Especial referencia al ámbito económico)”, en VV.AA., *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. José Cerezo*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 417 y 415, distingue entre: delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual general institucionalizado (por ejemplo, la “libre competencia”) orientados a preservar inmediatamente el propio funcionamiento del sistema de economía de mercado; y delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien colectivo, como los de delitos de competencia desleal. Sobre este particular, en relación con el proyecto de 2007, vid. GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007”, RECPC, 09-13 (2007), p. 10, n. 25.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 428; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1725.

¹⁴ Sobre estos instrumentos, vid., por todos, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 218 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos...”, en BANACLOCHE

las empresas la idea de que no caben cajas negras destinadas al pago directo de dádivas a directores, gerentes o responsables de compras de instituciones médicas. Tampoco tendrá cabida la realización de regalos en forma, por ejemplo, de **elementos productivos no directamente vinculados con la actividad médica** (singularmente, ordenadores o similares). Sí se permitiría, en cambio, el **ofrecimiento de muestras de medicamentos**, eso sí, dentro de los límites establecidos por el Reglamento del Medicamento, o de **material corporativo de escaso importe**.¹⁵

Indudablemente, a ello ha contribuido, además, el estricto régimen de incompatibilidades establecido por tres importantes normas: la **Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios**; la **Ley 10/2013, de 24 de julio**, por la que se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios;¹⁶ y, por fin, el **Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud**.

En cuanto a la primera de estas tres normas, el **art. 3 de la Ley 29/2006** establece un completo régimen de incompatibilidades, en forma de garantías de independencia, basado en las siguientes incompatibilidades.¹⁷ Por un lado, establece que el ejercicio clínico de la

PALAO, J. / ZARZALEJOS NIETO, J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 27; BACIGALUPO ZAPATER, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley*, N° 7442, Sección Doctrina, 9-7-2010; ROTSCH, T. (dir.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2012, *passim*, que incluye muy interesantes trabajos sobre el tema de Peter Kindler, Klaus Leuthe, Alexander Hobelsberger, Erik E. Lehmann, Dennis Bock, Thomas Knierin, Oliver Sahan, Katharina Beckemper, Andreas Mosbacher y Enrique Bacigalupo; EL MISMO, “Criminal Compliance” (trad. de Ivó Coca, rev. de Ricardo Robles), *InDret*, 1/2012.

¹⁵ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., pp. 1726 s. Claro ejemplo de esta dirección es el Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción Farmacéutica de la Industria, elaborado por la Asociación Nacional Empresarial de la Industria farmacéutica, también conocida como FARMAINDUSTRIA (en línea: http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/FARMA_123819.pdf). El Código prevé un conjunto no despreciable de medidas tendentes a evitar toda situación de soborno que pudiera presentarse en el marco de la actividad de promoción de productos farmacéuticos. En idéntica dirección se orienta el *Code on the promotion of prescription-only medicines to, and interactions with, health care professionals* de la *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* (EFPIA) (https://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/c%C3%B3digodocumento/farma_091947.pdf), aprobado el 6 de junio de 2014.

¹⁶ Y que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre fármaco-vigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

¹⁷ Sobre las mismas vid. POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1723.

medicina, de la odontología y de la veterinaria y otras profesiones sanitarias con facultad para prescribir o indicar la dispensación de los medicamentos será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración, distribución y comercialización de los medicamentos y productos sanitarios.¹⁸ Además, el ejercicio profesional del farmacéutico en oficina de farmacia, en establecimiento comercial detallista, en entidades o agrupaciones ganaderas o en un servicio de farmacia hospitalaria y demás estructuras asistenciales será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos de los laboratorios farmacéuticos y/o almacenes mayoristas.¹⁹ En tercer lugar, el ejercicio clínico de la medicina, odontología, veterinaria y otras profesiones sanitarias con facultad para prescribir o indicar la dispensación de los medicamentos, serán incompatibles con el desempeño de actividad profesional o con la titularidad de oficina de farmacia.²⁰ El precepto añade que el ejercicio de los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos, será incompatible con las funciones de delegados de visita médica, representantes, comisionistas o agentes informadores de los laboratorios farmacéuticos.²¹ Y, finalmente, a efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de convivencia. Esta prohibición será asimismo de aplicación cuando el ofrecimiento se realice a profesionales sanitarios que prescriban productos sanitarios.²²

Por su parte, el **Real Decreto-Ley 9/2011** transforma sustancialmente el nuevo sistema de receta, obligando al facultativo a recetar el principio activo del fármaco, en lugar de la marca; y al farmacéutico a dispensar el medicamento más económico del principio activo prescrito,

¹⁸Art. 3.1Ley 29/2006.

¹⁹Art. 3.2Ley 29/2006.

²⁰Art. 3.3Ley 29/2006.

²¹Art. 3.5Ley 29/2006.

²²Art. 3.5Ley 29/2006.

que será el único sufragado por el Ministerio de Sanidad.²³No obstante, el nuevo **art. 85.2 de la Ley 29/2006 ex Real Decreto-Ley 9/2011** establece una excepción a este régimen: “(...) *[c]uando las necesidades terapéuticas lo justifiquen, así como cuando los medicamentos pertenezcan a agrupaciones integradas exclusivamente por un medicamento y sus licencias, al mismo precio que el medicamento de referencia, la prescripción, indicación o autorización de dispensación se podrá realizar **identificando el medicamento o, en su caso, el producto sanitario por su denominación comercial***”.

Como puede deducirse, con el nuevo sistema, **pierde gran parte de su sentido el trabajo del visitador médico**. Así, carecerá de toda lógica promocionar e informar al médico de las bondades de productos sin patente en vigor, con el objeto de que el médico se decante por su marca en la receta, porque ya no es el médico quien decide. El trabajo de estos comerciales especializados en la salud se limitará, ahora, a la promoción de aquellos productos nuevos que no pueden ser copiados por otros laboratorios, a fin de que los médicos estén actualizados y los tengan en consideración en la búsqueda de soluciones para sus pacientes. Con ello, las farmacias —que, como se ha expuesto, con el Real Decreto-Ley 9/2011 adquieren gran capacidad de decisión— se han convertido en un nuevo nicho de trabajo y de promoción para informadores y representantes de laboratorios farmacéuticos. No obstante, algunas voces se alzan frente al nuevo sistema para denunciar lo que consideran un inadmisibles atentado contra la libertad de prescripción del médico: aunque la Dirección General de Farmacia garantiza la bioequivalencia de los productos con un mismo principio activo, existiría un margen de diferencia de aproximadamente un 20%, que en algunos casos puede ser suficiente para que

²³ En concreto, el Real Decreto-Ley 9/2011 modifica el art. 85.1 de la Ley 29/2006, estableciendo lo que sigue: “1. La prescripción, indicación o autorización de dispensación de los medicamentos se realizará por principio activo, en la receta médica oficial u orden de dispensación, del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, en los productos sanitarios para pacientes no hospitalizados que requieran para su dispensación en oficina de farmacia receta médica oficial u orden de dispensación, del Sistema Nacional de Salud, la prescripción, indicación o autorización de dispensación se realizará por denominación genérica por tipo de producto y por las características que lo definan, especificando su tamaño y contenido. En ambos casos, el farmacéutico dispensará la presentación del medicamento o del producto sanitario que tenga menor precio, de acuerdo con las agrupaciones homogéneas que determine la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. No obstante cuando por excepción a la norma general la prescripción, indicación o autorización de dispensación se hubiera realizado identificando el medicamento o el producto sanitario respectivamente, por su denominación comercial, no tratándose de los supuestos previstos en el punto 2 de este artículo, el farmacéutico dispensará dicho medicamento o producto si es el de menor precio de la correspondiente agrupación, y si no lo fuera dispensará el que tenga menor precio de la misma”.

las dosis no provoque el mismo efecto, con la consiguiente incidencia que ello tendría en la salud del paciente.²⁴

En lo que respecta a la dimensión **cuantitativa** de los obsequios, aunque la Ley del Medicamento los prohe incidencia que variantes, el Reglamento que desarrollaba la ya derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, establece obsequios, aunque la Leylos cuyo importe se considere **insignificante**.²⁵ Cuignificanterte se considere y del Medicamento los prohe incidencia que variantes, el Reglamento que desarrollaba la ya derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, esse han convertido en un nuevo nicho de trabajo y de promoción para informadores y represenlmente, establecen.²⁶

Ello no obstante, uno de los indudables riesgos que se constata a la luz de la fenomenología de los casos de corrupción en el sector farmacéutico es que el sistema parece contar con **algunas válvulas de escape de difícil control**. Por una parte, la que ofrece el art. 3 de la Ley 29/2006, que exceptúa de la prohibición de bonificaciones en la adquisición de medicamentos por parte de facultativos implicados en el ciclo de la prescripción *“los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia. Estos podrán alcanzar hasta un máximo de un 10% para los medicamentos financiados con cargo al Sistema Nacional de Salud, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura”*. Por otra, la supuesta licitud de la **celebración de jornadas, seminarios o congresos para responsables y facultativos sanitarios**, necesaria para la formación continuada de todos ellos, así como la organización de sesiones informativas sobre las características y comercialización de un fármaco o sobre la **evolución de su proceso de elaboración**, supuestamente necesaria para que quienes tengan facultades para prescribirlo conozcan su existencia y propiedades.²⁷ Esta

²⁴ Sobre todo ello, vid. HONORATO / ESTEVE / JANÉ / MARTÍN / SOBRINO / BAOS/ ARENAS / URZAY/ GUILLÉN, *Prescripción por principio activo: problemática y desafíos*, Instituto de Estudios Médico-Científicos, *passim* (http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma_1156.pdf).

²⁵ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), pp. 316 s. y 324.

²⁶ FARMAINDUSTRIA, Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción Farmacéutica de la Industria, (http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/FARMA_123819.pdf); *Code on the promotion of prescription-only medicines to, and interactions with, health care professionals de la European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* (EFPIA) (https://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/c%3B3digodocumento/farma_091947.pdf). En la doctrina, vid. BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 16.

²⁷ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 320; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1720 y 1729.

posibilidad viene reconocida, igualmente, por la **Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación**, prevé la posible participación del personal de los centros de investigación dependientes de las Administraciones Públicas en las entidades creadas o participadas por aquellos, siempre y cuando se trate exclusivamente de actividades de naturaleza científica. La Ley permite que en el marco de dichas actividades se dirijan hacia el personal sanitario aquellas atenciones que se enmarquen en la **moderada hospitalidad** que deben regir tales relaciones y las consiguientes necesidades razonables de manutención y hospedaje.²⁸ Quedarían completamente excluidas, en cambio, las actividades puramente ociosas o vacacionales. En este contexto, parece atendible la propuesta de un sector doctrinal que sugiere la creación de una Agencia Especial que controle y canalice estos fondos, garantizando que los mismos no van a ser empleados en actividades ajenas al desarrollo científico.²⁹

Como es obvio, en todos estos casos se trata, precisamente, de si la actividad se enmarca de forma estricta en el ámbito del desarrollo científico, en cuyo caso estaría claramente **justificada** (art. 20.7º CP),³⁰ o, por el contrario, se extralimita del mismo, provocando la consiguiente infracción de deberes por parte del funcionario sanitario. Dónde está la línea que separa lo uno de lo otro no siempre es algo fácilmente determinable.

III. FARMASPONSORINGY CORRUPCIÓN PÚBLICA

No obstante, **no es oro todo lo que reluce**. Por una parte, existe un número no despreciable de compañías que, habiendo incorporado a su actividad comercial cotidiana el ofrecimiento de dádivas tanto en el ámbito público como en el privado, se resisten a abandonar por completo dicha práctica, considerando preferible la posibilidad de acogerse a una suerte de planes graduales de deshabituación en la corrupción (por analogía a lo que vino ocurriendo

²⁸ FARMAININDUSTRIA, Art. 11.1 del Código de buenas prácticas de la industria farmacéutica (en línea: <http://www.codigofarmaindustria.es/web.nsf/Banner.xsp>); POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1731; Art. 11.1 del Código de buenas prácticas de la industria (en línea: <http://www.codigofarmaindustria.es/web.nsf/Banner.xsp>).

²⁹ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1721.

³⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 319.

durante una parte de la historia reciente de la fenomenología española en materia de delincuencia medioambiental.

No es de extrañar, por ello, que la **jurisprudencia penal española** ya haya tenido la oportunidad de conocer algunos supuestos de corrupción médica, por el momento sólo en el **ámbito sanitario público**. En el delito de cohecho público, el Código penal español distingue en función de si la dádiva que se ofrece al médico persigue la realización por parte de éste de *“conducta constitutiva de delito”* (art. 419 CP), *“acto injusto relativo a su cargo no constitutivo de delito”* (art. 420 CP), *“acto propio de su cargo”* (art. 425 CP), *“acto no prohibido legalmente”* (art. 426 CP) o la *“omisión de un acto que debiera realizar en el ejercicio de su cargo”* (art. 421 CP). Además, también se encuentra tipificado como delito el **ofrecimiento de regalos o dádivas en consideración a la función del destinatario** (art. 426 CP).³¹

En el ámbito de la promoción farmacéutica, de todas estas distinciones la más relevante es la que obliga a discernir entre *“acto injusto relativo a su cargo”* o *“acto propio de su cargo”*. En concreto, en los ya referidos supuestos de incentivos económicos proporcionados por **visitadores médicos** a personal sanitario para que recete los medicamentos de su laboratorio en lugar de los fármacos de la competencia, se trata de conocer si la realización de tal prescripción a cambio de la dádiva **constituye o no un acto injusto**.³² En ambos casos, el funcionario realizará un acto administrativo en el ámbito de las competencias del funcionario, esto es, un **acto del cargo**. La diferencia reside en que en el primer caso el acto será **contrario a Derecho** (civil, administrativo o, incluso, penal, por ser constitutivo de falta), mientras que en el segundo, en cambio, **no lo será**.³³

Concebido el delito de cohecho pasivo (aquel del cual es autor el funcionario público) como un **delito de posición social institucionalizada**, la antijuricidad de la conducta vendrá determinada por la **infracción de alguno de los deberes jurídicos espaciales que recaen**

³¹ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1711.

³² POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1712.

³³ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., pp. 1712 s.

sobre el funcionario. ³⁴ Uno de tales deberes consiste en el cumplimiento de la debida imparcialidad que vincula al médico de la Seguridad Social en la prescripción de medicamentos. Tales deberes se encuentran establecidos en el mencionado **art. 3 de la Ley 29/2006**. Uno de ellos consiste, precisamente, en prescribir y dispensar medicamentos siguiendo los criterios básicos de uso racional establecidos en la propia norma. En la misma línea, el **art. 3.6** prohíbe de forma expresa —recuérdese— tanto la entrega de dádivas a médicos para la receta de medicamentos como el ejercicio clínico de la medicina por parte de quien ostente alguna clase de interés económico directo derivado de la fabricación, elaboración y comercialización de medicamentos y productos sanitarios.

Establecidos de un modo tan genérico, la cuestión es, entonces, si su mera infracción podría llegar a ser constitutiva de delito. Así, por ejemplo, ¿infringe el médico su deber de imparcialidad a efectos penales por el simple hecho de haber aceptado dádiva de un visitador, con independencia de cuál acabe siendo el sentido de su prescripción? Pese a no ser éste el criterio general de la jurisprudencia,³⁵ comparto el punto de vista de quienes entienden que la cuestión de si el acto médico (singularmente, la prescripción de medicamentos) es o no un “*acto injusto*” (art. 420 CP) debe decidirse —desde mi punto de vista— **con total independencia de la percepción o no de la dádiva**. Un acto médico no es lícito o ilícito dependiendo exclusivamente de si el funcionario actúa o no con motivación lucrativa.³⁶ Ello no obstante, nada impedirá contemplar tal supuesto como ofrecimiento de dádiva en atención a la función de su destinatario (art. 426 CP).³⁷

Se encuentra ampliamente extendida en la doctrina penal la idea de que la clave para discernir cuándo un acto administrativo realizado por soborno es o no “injusto”, en el sentido del art.

³⁴ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., pp. 1714 s.

³⁵ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS 7 de noviembre de 2001, F.J. 5. Sobre este fundamento vid. CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 299; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., pp. 1719 ss.

³⁶ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 325; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1716.

³⁷ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1725.

420 CP se encuentra en la **distinción entre actos reglados y actos discrecionales**.³⁸ En los primeros, la ley aplicable define todas las condiciones, requisitos y consecuencias, de modo que la actividad del funcionario se limita a constatar el supuesto de hecho previsto en la Ley y a aplicar la consecuencia en ella prevista. En el acto discrecional, en cambio, la Ley no establece las condiciones ni la consecuencia con tanta precisión, de modo que se permite un margen más o menos amplio para la apreciación subjetiva del funcionario, que actuará con criterios de oportunidad, económicos, de eficacia, etc. De acuerdo con esta distinción, cuando el funcionario actúe dentro del ámbito de discrecionalidad que la Ley le permite no existirá, por definición, **“acto injusto”** del art. 420 CP.³⁹ Así, por ejemplo, si un médico de la Seguridad Social recibe incentivos económicos para recetar un fármaco y, ante la situación de poder recetarlo o hacer lo propio con uno de idénticas propiedades (art. 85.2 de la Ley 29/2006 ex Real Decreto-Ley 9/2011), prescribe el primero, en modo alguno podrá decirse que dicho acto es **“injusto”**, en el sentido del art. 420 CP. Sí lo sería, en cambio, si el medicamento sacrificado (no recetado) fuera sensiblemente más eficaz o barato (Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud), o produjera importantes efectos secundarios en el paciente.⁴⁰

IV. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN PRIVADA

1. EL NUEVO DELITO ESPAÑOL DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES (ART. 286 BIS CP): ALGUNAS CUESTIONES GENERALES

En lo que al **ámbito privado** se refiere, como ya se indicó tras la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 el ofrecimiento de incentivos a facultativos médicos privados también puede ser constitutivo de delito. El delito de corrupción privada se halla recogido en el **art. 286 bis CP**. De acuerdo con este precepto: *“1. Quien por sí o por persona interpuesta*

³⁸ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), p. 322; POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1715.

³⁹ CARDENAL MONTRAVETA, S., REDPC, 2ª Época, 10 (2002), 299. Matizadamente POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., p. 1715, quien considera que en tales casos la determinación de la injusticia del acto será *“más difícil”*, aunque acaba concluyendo que *“en la medida en que se demuestre que el funcionario actuaba dentro del ámbito de discrecionalidad que le permite la ley, respondiendo a los requisitos que ésta le establece, no podremos afirmar que se trata de un acto injusto, sino sólo de un acto propio del cargo”* (p. 1716).

⁴⁰ POZUELO PÉREZ, L., en CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, F. / BERISTAIN IPIÑA, A. / ROMEO CASABONA, C. (Eds.), *El Nuevo Código penal*, cit., pp. 1724 s.

prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales".⁴¹

Según la doctrina, existen **cuatro modelos política-criminales** en materia de corrupción entre particulares: el **alemán**, basado en la tipificación de conductas de competencia desleal; el **francés**, vinculado a la vulneración de buena fe contractual por empleado; el **austriaco**, en el que el núcleo del injusto típico viene representado por la infracción de deberes de lealtad por administrador; y, finalmente, el modelo **unitario**, que apuesta por un tratamiento conjunto de corrupción pública y privada. En su Exposición de Motivos, la LO 5/2010 aclara que el modelo acogido por el legislador español se inspira directamente en la **Decisión Marco 2003/568/JAI**, que recoge un modelo **mixto** a medio camino entre el alemán y el austriaco.⁴²

Por medio del art. 286 bis CP y el sistema mixto que consagra, el Código penal español protege, por una parte, la **leal competencia**, entendida como aplicación al ámbito privado de

⁴¹ Con la LO 1/2015, el tenor literal del art. 286 bis CP se modifica ligeramente, quedando como sigue: “El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 419. Se refiere también a la Decisión Marco de 2003/BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 4.

la lógica de la transparencia del ámbito público, basada en los elementos del precio y la calidad del producto, al privado; y, por otra, la **protección del mercado frente a posibles interferencias** en la oferta y demanda de bienes y servicios.⁴³ Dos son, en concreto, los intereses implicados: por una parte, el interés de la empresa **receptora** de bienes y servicios consistente en no adquirir los de peor calidad o precio superior, que quedaría vulnerado con la **infracción del deber interno de lealtad** por parte del autor del delito; por otra, el interés de terceros **competidores** relativo al derecho a ofertar bienes y servicios sin necesidad de ofrecer incentivos, que resultaría afectado como consecuencia de la **infracción de deber externo de competencia leal**.⁴⁴ Según la doctrina dominante, aunque este segundo interés es el **predominante** en la regulación española sobre corrupción privada, **ambas deslealtades** se encontrarían **íntimamente interrelacionadas**, de tal modo que cada una de ellas acabaría produciendo un efecto reflejo o indirecto en el otro interés implicado.⁴⁵

Como puede comprobarse, el precepto tipifica para el ámbito privado, en su primer apartado, la modalidad **activa** del cohecho (la que comete quien realiza el ofrecimiento) y en el segundo el delito de cohecho **pasivo** (la conducta consistente en aceptarlo).⁴⁶ Ambas modalidades de la conducta típica son castigadas con la misma pena (prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja). En ambos casos, la infracción se plantea como un **delito de emprendimiento**. Será irrelevante, por ello, si la promesa u ofrecimiento habría tenido o no éxito, equiparándose, de este modo, la promesa u ofrecimiento, la aceptación de promesa, la recepción de ofrecimiento y la realización de contraprestación.⁴⁷

En lo que se refiere al círculo de posibles **beneficiarios** del favorecimiento representado por la realización de la conducta típica, los dos apartados del art. 286 bis CP presentan una **evidente asimetría**. Así, en el apartado 1 la conducta del corruptor será típica aunque el favorecimiento recaiga sobre un tercero distinto a quien realiza el ofrecimiento de dádiva;

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 419.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 420; BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 13.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 420.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 420.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 422.

mientras que en el caso de la conducta de cohecho pasivo recogida en el art. 286 bis 2 CP, en cambio, la conducta del corrompido sólo será típica si coinciden el sujeto que otorga o del que espera la ventaja y el sujeto a quién se dirige el beneficio. Aunque *de lege lata* resulte difícil comprender a qué obedece tal distinción, parece innegable que a subsunción del art. 286 bis 2 CP a un supuesto en el que el beneficiario y quien ofrece la dádiva no coincidan conduciría a una aplicación analógica *in malam partem* del tipo.⁴⁸

2. EN PARTICULAR, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA CORRUPCIÓN PRIVADA

A. Planteamiento

Mención especial merece la cuestión relativa a la **autoría** del delito. Mientras que el cohecho **activo** es concebido como un delito especial (cualquiera puede ser su autor), en el caso del cohecho **pasivo** sólo el "*directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización*" podrá ser responsable como autor del mismo.⁴⁹ Esta circunstancia permite extraer **diversas conclusiones**.

Por una parte, a juzgar por la técnica legislativa empleada y la decisión penológica adoptada (castigar ambas modalidades del cohecho con idéntica pena), bien podría deducirse que el legislador penal ha pretendido castigar el cohecho activo privado con mayor pena de la que habría podido resultar si únicamente se hubiese tipificado de forma expresa la modalidad pasiva del cohecho. En tal caso, la conducta de quien ofrece la dádiva debería haber sido calificada como inducción (o, en algún supuesto, cooperación) a un cohecho activo, de tal modo que, al tratarse de un *extraneus*, le habría podido ser aplicada la atenuación facultativa de la pena prevista en el art. 65.3 CP.⁵⁰

Por otra, en ambos apartados del art. 286 bis CP se alude a la posibilidad de realizar la conducta típica (el ofrecimiento en el primero, su aceptación en el segundo) mediante **persona interpuesta**. Como es evidente, en el caso del cohecho activo la calificación jurídica del comportamiento de dicha persona interpuesta no sería, en principio, problemática: puesto que tal modalidad constituye un delito común, el comportamiento del sujeto interpuesto

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 425. s. De otra opinión, BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 13 y 23.

⁴⁹ BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 16.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 424.

debería ser sometido a las reglas generales de la participación delictiva.⁵¹ Distinto es el caso del cohecho pasivo: puesto que en este caso nos encontramos ante un delito especial, la persona interpuesta ajena al círculo representado por el "*directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización*" es, en realidad, un *extraneus* en el delito especial cometido como autor por el sujeto cualificado. En tales casos plantea, por tanto, la interesante cuestión dogmática de cómo debe responder el *extraneus* en un delito especial.⁵²

Para resolverla cabría preguntarse, en puridad de conceptos, si nos encontramos ante un **delito especial propio o impropio**. Como es sabido, la distinción entre ambas clases de delitos reside en que, mientras que en los segundos la conducta típica realizada por un sujeto no cualificado daría lugar a un delito común paralelo, en el caso de los segundos tal posibilidad (existencia de delito común paralelo) no existe. La relevancia de la cuestión planteada residiría en lo siguiente: mientras que en los delitos especiales impropios el *extraneus* podría responder como partícipe tanto en el delito especial como en el común paralelo, en los delitos especiales propios, en cambio, las posibilidades se reducirían a la participación en el delito especial o a la impunidad.

Es opinión generalizada en la doctrina española aquella según la cual el delito previsto en el art. 286 bis 2 CP es un **delito especial propio**.⁵³ No obstante, la relevancia de esta conclusión,

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 423; BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 21.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 423. Sobre este grupo de delitos, vid., por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., La doctrina del "*Delictum sui generis*": ¿Queda algo en pie?", RECPC, 7 (2005); EL MISMO, "Pertinencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, "El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿delito común o especial?", RDUMA, 223 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, "Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus*", ADPCP, LX, 2007, pp. 539 ss.; EL MISMO, "La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP", en *LH-Cobo del Rosal*, 2005, pp. 421 ss. (= en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, BdeF, 2006, pp. 49 ss.; en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, BdeF, 2007, pp. 153 ss.); EL MISMO, *Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Dykinson, 2006; EL MISMO, *Los delitos especiales*, Edisofer-Bdef, 2006; EL MISMO, "Sobre el fundamento material de los delitos especiales", RDP, 2006-1 (Autoría y Participación-III), pp. 33 ss.; EL MISMO, "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", en SALAZAR SÁNCHEZ, N. (coord.), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, 2007, pp. 324 ss.; EL MISMO, "¿Es el delito urbanístico un delito especial? (art. 319 CP)", en SERRANO PIEDECASAS, J.R.; DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Colex, 2008, pp. 277 ss.; EL MISMO, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. (coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Bdf, 2009, pp. 227 ss.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 424.

así como de la disyuntiva expuesta *supra*, debe ser claramente relativizada. Como ya se ha expuesto en otros lugares, la distinción entre delitos especiales propios e impropios constituye, en realidad, una clasificación formal que nada aporta a la teoría de la participación de *extraneien* dicha constelación delictiva. Después de algunas oscilaciones, es ya opinión generalizada en la doctrina aquella según la cual la decisión sobre si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder o no y, en caso afirmativo, cómo debe hacerlo, no puede depender de si el correspondiente delito especial cuenta o no con un delito común paralelo.

B. Delitos especiales y posición especial

Debe recordarse, a este respecto, que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre **dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto** y los **delitos especiales en sentido amplio**. Los primeros se caracterizan por que, en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran en una **posición especial con respecto al bien jurídico protegido**. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece, fundamentalmente, a **razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual**. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: los **delitos especiales de posición**(delitos especiales en sentido estricto) ⁵⁴ y los **delitos especiales con elementos meramente tipificadores** (delitos especiales en sentido amplio).

La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o **delitos especiales de posición**, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el **incumplimiento de una función institucionalizada**(delitos especiales de posición institucional); y los que se fundamentan

⁵⁴ También defienden la categoría de los delitos especiales de posición, aunque desde presupuestos dogmáticos distintos a los que sirven de base al presente trabajo, ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 125 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber”, en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1429; ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *Indret* 4/2008, pp. 15 s.; HADWA, M., “El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal”, *PCrim.* 3 (2007), p. 17.

en el **incumplimiento de una función social no institucionalizada** dimanante de una determinada posición social no institucional (**delitos especiales de posición no institucional**). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la **posición de especial accesibilidad** en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido.

No obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo elemento: el relativo a la **infracción** por parte del autor **de un deber jurídico especial** de naturaleza **extrapenal**. Así las cosas, en los delitos especiales en sentido estricto o de posición, el elemento, cualidad o relación empleado por el legislador para la delimitación del círculo de posibles autores puede presentar una **doble dimensión objetivo-personal**. Por una parte, **objetiva**, esto es, comunicable a todo aquel interviniente en el hecho que la conozca. Por otra, **personal**, es decir, incommunicable al *extraneus*, de tal modo que la ausencia en éste puede descargarle de una parte de su responsabilidad por la intervención en el hecho.⁵⁵

Probablemente, la constelación delictiva más característica de lo que hemos llamado los delitos especiales de **posición institucional** son los **delitos de funcionarios**. En ellos, y salvo en determinados supuestos específicamente previstos por la Ley, la indemnidad del bien jurídico protegido depende de determinados sujetos (los funcionarios públicos) que ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública particularmente formalizada en la que aquél se encuentra inmerso, y a la que difícilmente tendrá acceso el no funcionario. Por esta razón, cuando esto último suceda, la contribución al hecho del no funcionario será, por definición, de menor intensidad, por lo que la atenuación de su pena estará plenamente justificada.

⁵⁵ En términos parecidos, refiriéndose ya concretamente a aquellos elementos que ocuparían un status intermedio entre los puramente personales y los completamente impersonales como ámbito natural de aplicación del art. 65.3 CP, en atención al fundamento material de este precepto, PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1449. También de la opinión de que una buena parte de los delitos especiales (los por él denominados delitos especiales de deber) son de naturaleza mixta, compuesta por un elemento organizativo de dominio y un elemento institucional de deber especial, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, 2005, p. 69.

No obstante, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el *intraneus* de un **deber especial personalísimo** de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica,⁵⁶ tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el *extraneus* servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el *intraneus*: aquélla que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable.⁵⁷

Por su parte, en los delitos especiales de posición no institucional dimanante de una determinada posición social no institucional, el fundamento del dominio del riesgo típico reside, como en los delitos especiales de funcionario, en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición especial* de dominio respecto del bien jurídico. En virtud de esta circunstancia, el bien jurídico se presenta frente al *intraneus* como **especialmente vulnerable**. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional (art. 199 CP), en los delitos societarios (arts. 290-295 CP),

⁵⁶ De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 133. este autor acepta que también en los “delitos especiales de deber” —que vendrían a corresponderse, en lo sustancial, con los aquí denominados “delitos de posición institucional”— el legislador selecciona una serie de posiciones de afectación al bien jurídico, aunque acaba concluyendo que el injusto de estos delitos consiste, “*primariamente*”, en el incumplimiento del haz de deberes que define dicha posición. No en vano, ROBLES llega a afirmar, por fin, que “los únicos delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que el contenido de injusto se agota en la infracción de *determinados* deberes especiales”. Puede concluirse, por tanto, que en la concepción de ROBLES, aunque también en los delitos especiales de deber el *intraneus* se encuentra en una especial posición de afectación al bien jurídico, el elemento determinante del contenido de injusto de esta constelación de delitos no reside en dicha posición especial, sino en el quebrantamiento personal de los correspondientes deberes jurídicos especiales que recaen sobre el *intraneus*. Sin embargo, si en todos los delitos puros de funcionario el injusto viene determinado por el quebrantamiento de la confianza depositada por el Estado en el *intraneus*, y no por la concreta posición de afectación al bien jurídico que éste ocupa, no se alcanza a ver, entonces, dónde reside la concreta diferencia entre el específico contenido de injusto de, por ejemplo, el delito de prevaricación judicial, y el correspondiente a cualquier otro delito puro de funcionario, como, por ejemplo, el de cohecho o infidelidad en la custodia de documentos. En contra de la existencia de delitos especiales *puros* de infracción de deber en el sentido defendido por ROBLES, se muestra también PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1429 s., nota 30.

⁵⁷ De esta opinión SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 72 y 74, que considera, además, que debe tratarse de una “*atenuación trascendente al marco penal típico del autor intraneus, que, desde el mínimo hasta el máximo, viene determinado por la infracción del deber institucional por parte de dicho intraneus*”. Discrepa de este planteamiento ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 121, que considera que “*el mantenimiento de la unidad del título de imputación no casa con la posterior atenuación de la pena del extraneus*”.

el delito fiscal (art. 305 CP) y en el delito que nos ocupa: el de **corrupción privada (art. 286 bis CP)**. También en estos delitos, quien se encuentra en la posición especial descrita por el tipo, esto es, el *intraneus*, se encuentra obligado por un **deber jurídico extrapenal**.

No obstante, entre los deberes extrapenales disciplinarios que se encuentran en la base de los delitos especiales de posición institucional y los que se infringen en los restantes delitos especiales de posición existen algunas diferencias cualitativamente relevantes dignas de ser destacadas. En la primera clase de delitos especiales de posición, el deber extrapenal infringido por la autoridad o funcionario público mediante la comisión del delito consistirá, habitualmente, en un deber personal de lealtad o fidelidad derivado de la especial vinculación que une al sujeto con el cuerpo administrativo del que depende. Se trata, por tanto, de un deber jurídico de naturaleza **disciplinaria** resultante de la **relación especial de sujeción** en la que se halla la autoridad o funcionario público con respecto a la Administración.⁵⁸ En cambio, en el caso de los delitos especiales de posición no institucional, los deberes extrapenales paralelos suelen entremezclarse con los deberes jurídico-penales cuya infracción constituye el núcleo mismo del injusto de la conducta típica, hasta el punto de resultar prácticamente imposible separar unos de otros. En el caso de esta segunda clase de delitos especiales de posición, las dos dimensiones del elemento delimitador de la autoría, la **objetiva** u organizativa y la **personal** o relativa a la infracción del deber extrapenal, se hallan entrelazadas de forma prácticamente indisoluble. En los delitos de posición no institucional, los deberes especiales paralelos *de naturaleza extrapenal* que conviven con los correspondientes deberes jurídico-penales (los que obligan al sujeto a organizar su esfera de dominio de modo que no resulte lesionado el bien jurídico) resultan, precisamente, de la especial posición organizativa que ocupan determinados sujetos con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido.⁵⁹

También en estos delitos el carácter personal del deber extrapenal podría contribuir a la eventual atenuación de la pena del *extraneus* partícipe. Sin embargo, en la medida en que, según se ha dicho, en los delitos especiales de posición no institucional los deberes especiales extrapenales de referencia son prácticamente inherentes al injusto penal, en estos casos la atenuación de la pena del *extraneus* dependerá, fundamentalmente, del mayor o menor grado de hermetismo de la esfera organizativa en la que se encuentre inmerso el bien jurídico, y, por

⁵⁸ En un sentido parecido ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., Indret 4/2008, p. 26.

⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, RECPC 140º (2012), p. 24.

ende, de la mayor o menor distancia que separe a *intraneus* y *extraneus* de la accesibilidad al bien jurídico. Esto es, del elemento organizativo del injusto del delito.

La última clase de delitos especiales, los que sólo pueden ser calificados como tales en un sentido amplio, se caracteriza porque, en ellos, la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en la posición ocupada por el *intraneus* con respecto al bien jurídico, ni en el incumplimiento de función institucional o social alguna resultante de aquella posición especial. Tal limitación se produce a través de *elementos de autoría meramente tipificadores de una realidad fenomenológica habitual*. Ello ocurre, por ejemplo, en delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º CP) o el de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB). Huelga decir que ni en el primero de estos delitos el deudor infringe mediante la realización del acto de alzamiento un deber jurídico especial consistente en no insolventarse en perjuicio de acreedores, ni en el segundo el exhibicionista infringe deber jurídico alguno que tenga por objeto la no realización de actos de exhibicionismo. En estos delitos, la restricción del círculo de posibles autores obedece, antes bien, a la constatación empírica por parte del legislador de que ciertas conductas delictivas *acostumbran a ser realizadas* por determinados grupos de sujetos.

Que en estos delitos sólo ciertos sujetos puedan ser autores no significa, por tanto, que cuando sujetos ajenos a dichos grupos intervengan en la ejecución del hecho delictivo sus conductas deban ser merecedoras de una atenuación de la pena. Del mismo modo que ocurre en los delitos de posición, también en los delitos con elementos de autoría meramente tipificadores resultaría dogmáticamente defendible, desde una perspectiva exclusivamente *de lege ferenda* —no, por tanto *de lege lata*, como consecuencia del principio de legalidad— la comisión del delito por autoría mediata de un *extraneus*.

De lege ferenda, la clasificación bipartita de delitos especiales defendida en el presente trabajo (delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores) puede producir importantes efectos en orden a la solución del problema relativo a si debe responder el *extraneus* que participa en el delito especial con una pena atenuada con respecto a la prevista para el *intraneus*.

Según entiendo, en los delitos especiales de posición, la atenuación de la pena del *extraneus* puede encontrarse, en principio, justificada, porque el sujeto no cualificado se halla más alejado que en los delitos comunes del dominio del riesgo típico ostentado por el *intraneus*.

Concretamente, en el marco de este grupo de delitos, en los delitos de posición no institucional (delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional, delitos societarios, delito fiscal, etc.), es posible afirmar que la “distancia” que existe entre el *intraneus* funcionario y el partícipe *extraneus* en los delitos de posición institucional es *inferior*.⁶⁰ Tal eventualidad obedece a que en esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en la que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas, ni están tan formalizadas como en los delitos de posición institucional. Por esa razón, tales esferas resultan *más penetrables* por terceros extraños, de modo que éstos últimos podrán realizar —y normalmente realizarán— *aportaciones al hecho más relevantes* que en los ya mencionados delitos de posición institucionalizada. No obstante, también en la tipología delictiva que ahora nos ocupa la aportación del partícipe extraño tendrá, en algunos supuestos, un **menor contenido de injusto**. Concretamente, en aquellos casos en los que la falta de dominio del riesgo por parte del *extraneus* resulte difícilmente subsanable, por no ocupar —a diferencia de lo que ocurre con el *intraneus*— una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. En tales supuestos, procederá la atenuación de la pena del *extraneus*, por aplicación del art. 65.3 CP.

Lo anterior no se cumple, en cambio, en los delitos especiales en sentido amplio. En esta tercera clase de delitos especiales, no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza a la conducta del *intraneus*. Siguiendo en este extremo a HERZBERG, en los delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores, la ausencia del referido elemento en el partícipe no determina que el contenido de injusto de la conducta de éste sea menor que el de la conducta del autor cualificado.

De esta clasificación se deduce, en suma, la existencia de ciertos delitos especiales en los que la participación de *extraneus* merece una pena inferior a la del *intraneus*, y la de otros en los que, en cambio, ello no ocurre. Teniendo en cuenta esta circunstancia, debe considerarse *preferible* el carácter *facultativo* (y no obligatorio) de la atenuación de la pena del *extraneus* previsto en el actual art. 65.3 CP frente al carácter *obligatorio* de la atenuación prevista en el § 28.1 StGB.

⁶⁰ De otra opinión PEÑARANDA RAMOS, E., en *LH-Gimbernat*, II, 2008, p. 1428.

C. Corrupción privada como delito de posición con infracción de deber

La traslación de todo lo recién expuesto al **delito de cohecho pasivo entre particulares** nos obliga, por de pronto, a preguntarnos **a cuál de estas clases de delito especial pertenece**. Pese a que la cuestión no se halla en absoluto exenta de discusión, puede afirmarse que la naturaleza de la infracción que nos ocupa es la correspondiente a un **delito especial mixto**, esto es, **de posición con infracción de deber**. Que se trata de un delito de posición bien puede deducirse del hecho de que, en términos institucionales, **no existe en absoluto homogeneidad entre los cuatro sujetos descritos** en el tipo: **directivo, administrador, empleado o colaborador**.⁶¹ Así, por ejemplo, es claro que, en clave de deberes de lealtad institucional a la *"empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización"* también aludidas por el tipo, nada en absoluto tiene que ver el *"directivo"* o el *"administrador"* con el *"empleado"* o el *"colaborador"*.⁶² De este catálogo de sujetos llama la atención, por una parte, la ausencia del *"socio"*. Y, por otro, la presencia en el tipo del *"colaborador"*, que ni siquiera debería encontrarse vinculado con la persona jurídica por medio de una relación laboral, ya que, en caso contrario, formaría parte de la categoría del *"empleado"*.⁶³ Además, resulta altamente dudoso que un supuesto de hecho que tenga al colaborador como sujeto activo pudiera generar (pese a lo formalmente previsto en el art. 288 CP) responsabilidad penal de la propia empresa. Difícilmente podrá argumentarse que en tales casos se habría cometido el delito por no haber ejercido sobre él el debido control el administrador o el legal representante de la persona jurídica bajo cuya autoridad se encontraría (en el sentido de infracción de deberes de supervisión, vigilancia y control, tal y como tras la LO 1/2015 exige el nuevo art. 31 bis 1 CP). Y ello por una razón del todo elemental: en el caso del colaborador externo, dicha relación de sujeción a la autoridad del administrador o legal representante de la persona jurídica en realidad no existe.

⁶¹ BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, pp. 21 s. y 25, a propósito de la atenuación facultativa de la pena prevista en el art. 286 bis 3 CP.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 423. No en vano, el art. 286 bis 3 CP permitiría perfectamente atender al diferente rol en la empresa de cada uno de los sujetos descritos, al establecer que "[l]os jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio".

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., pp. 423 s. y 432. Propone una interesante interpretación restrictiva del término BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 22, para quien sólo podrá ser colaborador aquél que tenga *"capacidad de influir sobre la decisión en favor de una u otra opción (en relación con la adquisición de productos o contratación de servicios)"*.

Todo ello vendría a demostrar que en el art. 286 bis 2 CP el legislador acaso habría puesto el acento del injusto típico más en la exigencia de que el autor del delito se encuentre en una determinada **posición de control o dominio de un determinado haz de competencias** (singularmente, las que se refieren a la contratación de servicios y adquisición de bienes para la empresa) **que en la infracción de un deber**. No obstante, es un hecho incuestionable que, sea cual fuere el deber que recayere sobre cada uno de los posibles autores del delito, es claro que el precepto también exige el "*incumplimiento de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*". Parece innegable, por tanto, que una parte del contenido de injusto del delito consiste, precisamente, en el incumplimiento de tales obligaciones. Así las cosas, y tratándose, por tanto, de un **delito especial mixto**, cuando el autor del delito realice la conducta típica valiéndose de **persona interpuesta**, nada impide que ésta se beneficie de la atenuación de la pena prevista en el **art. 65.3 CP**.⁶⁴

Que el autor del delito de cohecho pasivo entre particulares previsto en el art. 286 bis 2 CP deba ser el "*directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización*" conduce, por lo demás, a no pocas dificultades prácticas en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación del tipo. Por una parte, la exigencia de que el sujeto pertenezca a una Sociedad o empresa mercantil obliga a preguntarse si en algún caso está última podría no ser una sociedad.⁶⁵ Dicho de otro modo: si supuestamente el género es la sociedad y la especie la sociedad mercantil, no es claro cuándo esta última podría no ser especie del género. Quizá el legislador esté pensando en casos particulares, como el del empresario individual o la Unión Temporal de Empresas.⁶⁶ Junto al de "asociación" y "fundación", tampoco está del todo claro el sentido del término "organización", definido por el art. 2.2 de la DM de 2003 como entidad sin personalidad jurídica propia de carácter no lucrativo.

En este contexto, no es en modo alguno inequívoco que el precepto resulte aplicable a los casos actualmente más habituales en el sector médico: los **supuestos en los que la oferta de dádiva se dirige a un farmacéutico empresario individual o sujeto al régimen de**

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 424.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 424.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 425.

autónomos. ⁶⁷ La única posibilidad de entender que el farmacéutico es "*empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización*" pasaría, necesariamente, por su comprensión como **empleado de la compañía aseguradora** que cubre parcialmente el coste del fármaco que aquél suministra. Sin embargo, esta alternativa, que en Alemania ya se ha planteado sin éxito a propósito de los facultativos privados y las mutuas médicas, ⁶⁸ debería ser radicalmente rechazada, por constituir un claro exponente de aplicación analógica *in malam partem* del precepto que nos ocupa. ⁶⁹

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en EL MISMO (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código penal*, cit., p. 426.

⁶⁸ BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, p. 24, refiriéndose a la decisiva resolución del BGH de 29-3-12, que zanjó la polémica decantándose por entender que los médicos pertenecientes a una mutua de seguro no pueden ser sancionados por corrupción aplicando el § 299 StGB (Ap. 1 y 2, respectivamente). Según el BGH, la actividad del médico del seguro deriva de la libre elección de cada persona asegurada que le escoge individualmente, de tal modo que "*su relación con los asegurados se basa en la confianza personal y en la libre configuración que escapa a la determinación de la mutua de seguro. (...) "Siguiendo este razonamiento, como la compañía de seguros no es quien escoge al médico, sino que lo elige el propio paciente (y la mutua no puede rechazarlo), el médico no puede ser considerado encargado o representante (externo) de la compañía de seguros"* (op. cit., loc. cit.). A una solución distinta parece que habría que llegar en el caso de que el médico trabajara para el Estado, "*pues en dicho supuesto el paciente no tendría capacidad de elección y no se establecerían las mismas relaciones de confianza*" (op. cit., loc. cit.).

⁶⁹ Plantea la misma problemática en relación con el médico, a la luz de la discusión alemana, BOLEA BARDON, C., InDret, 2/2013, pp. 23 s.